

Sygn. akt XVII AmA 45/16

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 15 października 2018 r.

Sąd Okręgowy w Warszawie - XVII Wydział Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów

w składzie:

Przewodniczący – SSO Bogdan Gierzyński

Protokolant: sekretarz sądowy Wioleta Donoch

po rozpoznaniu w dniu 15 października 2018 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z odwołania (...) S.A. z siedzibą w W.

przeciwko **Prezesowi Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów**

z udziałem zainteresowanego (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K.

o zawarciu porozumienia ograniczającego konkurencję

na skutek odwołania powoda od decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 31 grudnia 2015 r., Nr (...)

1. oddala odwołanie;
2. zasądza od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów kwotę 1440 (jeden tysiąc czterysta czterdzieści) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego;
3. zasądza od (...) S.A. z siedzibą w W. na rzecz (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w K. kwotę 1440 (jeden tysiąc czterysta czterdzieści) złotych tytułem kosztów zastępstwa procesowego.

SSO Bogdan Gierzyński

Sygn. akt XVII AmA 45/16

UZASADNIENIE

Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów decyzją z dnia 31 grudnia 2015 r., Nr (...):

I. na podstawie art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz.U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 ze zm.) w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz w zw. z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. poz. 945), po przeprowadzeniu wszczętego na wniosek (...) Sp. z o.o. w K. postępowania antymonopolowego, uznał za praktykę ograniczającą konkurencję i naruszającą zakaz, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, nadużywanie przez (...) S.A. w W. pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, polegające na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji poprzez wprowadzenie z dniem 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży

usług przewozów towarowych przez (...) S.A.", a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6 – 10, który uprawnia (...) S.A. do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży (...)” za konkurentów (...) S.A., oraz stwierdził zaniechanie jej stosowania z dniem 1 lipca 2007 r.;

II. na podstawie art. 101 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz.U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 ze zm.), w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz w zw. z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. poz. 945), nałożył na (...) S.A. w W. karę pieniężną płatną do budżetu państwa w wysokości 14.224.272,18 zł (słownie: czternaście milionów dwieście dwadzieścia cztery tysiące dwieście siedemdziesiąt dwa złote osiemnaście groszy) z tytułu naruszenia zakazu, o którym mowa w art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w zakresie opisanym w punkcie I sentencji niniejszej decyzji;

III. na podstawie art. 90 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz.U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 ze zm.), w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz.U. z 2015 r., poz. 184 ze zm.) oraz w zw. z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. poz. 945), odmówił nadania pkt I sentencji niniejszej decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności;

IV. na podstawie art. 72 i art. 75 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (t.j.: Dz.U. z 2005 r., Nr 244, poz. 2080 ze zm.) w zw. z art. 131 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 50, poz. 331 ze zm.) oraz w zw. z art. 3 ustawy z dnia 10 czerwca 2014 r. o zmianie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawy – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. poz. 945) obciążył (...) S.A. w W. kosztami postępowania antymonopolowego w kwocie 82,40 zł (słownie: osiemdziesiąt dwa złote czterdzieści groszy) i zobowiązał do ich uiszczenia na rzecz Prezesa Urzędu w terminie 14 dni od daty uprawomocnienia się niniejszej decyzji.

Od powyższej decyzji odwołanie złożył (...) S.A. w W. zaskarżając ją w całości.

Odwołujący zarzucił zaskarżonej decyzji:

1. naruszenie art. 88 ust. 2 oraz art. 93 ust. 1 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 156 § 1 pkt 2 k.p.a., tj. przeprowadzenie postępowania antymonopolowego zakończonego wydaniem Decyzji bez jego formalnego wszczęcia, a nadto po upływie 5 lat od końca roku, w którym (...) S.A. zaprzestało stosowania rzekomej praktyki ograniczającej konkurencję;

Niezależnie od powyższego, z ostrożności procesowej zaskarżonej zarzucił Decyzji:

2. naruszenie art. 233 § 1 k.p.c. poprzez:

(i) brak dostatecznego wyjaśnienia stanu faktycznego sprawy dla potrzeb wyznaczenia definicji rynku właściwego oraz dokonanie oceny zebranego materiału w sposób dowolny i w konsekwencji uznanie, że rynkiem właściwym w sprawie jest krajowy rynek przewozów towarów kolejną;

(ii) przekroczenie granic swobodnej oceny dowodów, polegające na ustaleniu, że Powód stosował praktykę zarzucaną mu w Decyzji jedynie na podstawie brzmienia określonych postanowień „Zasad sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.", wprowadzonych przez Powoda z dniem 1 maja 2006 r., bez jednoczesnego przeprowadzenia jakiegokolwiek postępowania dowodowego na okoliczność faktycznego sposobu postępowania Powoda tj. bez określenia, czy, komu i kiedy Powód odmawiał zawierania umów przewidujących upusty od taryfy towarowej w badanym okresie, co z kolei doprowadziło do błędnego przekonania, że zarzucane (...) S.A. praktyki naruszały interes publicznoprawny;

3. naruszenie art. 4 pkt 9 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art. 233 § 1 k.p.c. poprzez dokonanie oceny materiału dowodowego z naruszeniem zasady swobodnej oceny dowodów i w konsekwencji błędne uznanie, że w latach 2006-2007 (...) S.A. posiadała pozycję dominującą na rynku właściwym zdefiniowanym jako krajowy rynek przewozów towarów koleją;

4. naruszenie art. 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 pkt 5 Starej Ustawy poprzez ich błędne zastosowanie na skutek dokonania oceny zgromadzonego dowodowego z przekroczeniem zasady swobodnej oceny dowodów, tj. z naruszeniem art. 233 § 1 k.p.c. i w konsekwencji uznanie, że wprowadzenie przez Powoda z dniem 1 maja 2006 r. zmian w Zasadach Sprzedaży stanowiło praktykę, o której mowa w tych przepisach;

5. naruszenie art. 101 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 104 Starej Ustawy poprzez wymierzenie kary rażąco nieadekwatnej w stosunku do okresu, stopnia oraz okoliczności naruszenia przepisów Ustawy.

W oparciu o powyższe zarzuty, na podstawie art. 47928 § 3 k.p.c., odwołujący wniósł o:

1. uchylenie Decyzji;

ewentualnie

2. zmianę pkt. I Decyzji poprzez uznanie, że wprowadzenie przez (...) S.A. zmian w Zasadach Sprzedaży z dniem 1 maja 2006 r., uprawniających (...) S.A. do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi za konkurentów (...) S.A. nie stanowi praktyki ograniczającej konkurencję, o której mowa w art. 8 ust. 1 oraz art. 8 ust. 2 pkt 5 Starej Ustawy i w konsekwencji uchylenie pkt. II i IV Decyzji.

Ponadto, z ostrożności procesowej, w przypadku uznania przez Sąd, że nie zachodzą podstawy dla uchylenia Decyzji lub zmiany Decyzji w opisanym powyżej zakresie, wniósł o:

3. zmianę pkt. II Decyzji poprzez zmniejszenie kary pieniężnej nałożonej na (...) S.A., stosowanie do stopnia zawinienia i okoliczności naruszenia Starej Ustawy.

W każdym zaś przypadku wniósł o:

4. przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego Odwołania na okoliczności tam wskazane, w tym następujących dokumentów znajdujących się w aktach tut. Sądu o sygn. XVII AmA 148/13:

(i) lista utraconych przez (...) S.A. klientów do 2007 r. (w aktach sprawy o sygn. XVII AmA 148/13 - Dowód nr 8, załącznik do Odwołania (...) S.A. z dnia 21 lipca 2009 r.);

(ii) lista przetargów przegranych przez (...) S.A. w latach 2006-2007 (w aktach sprawy o sygn. XVII AmA 148/13 - Dowód nr 8, załącznik do Odwołania (...) S.A. z dnia 21 lipca 2009 r.);

(iii) dane dotyczące przewozów dla Zakładów (...) (w aktach sprawy o sygn. XVII AmA 148/13 - Dowód nr 14, załącznik do Odwołania (...) S.A. z dnia 21 lipca 2009 r.);

(iv) zestawienie rentowności przewozów realizowanych dla (...) Sp. z o.o. na przykładzie umów wieloletnich (w aktach sprawy o sygn. XVII AmA 148/13 - Dowód nr 15, załącznik do Odwołania (...) S.A. z dnia 21 lipca 2009 r.);

(v) zestawienie wyników umów realizowanych dla (...) Sp. z o.o. oraz (...) (w aktach sprawy o sygn. XVII AmA 148/13 - Dowód nr 16, załącznik do Odwołania (...) S.A. z dnia 21 lipca 2009 r.);

(vi) zestawienie umów obowiązujących w dniu 1 maja 2006 r. wraz z datą wygaśnięcia (w aktach sprawy o sygn. XVII AmA 148/13 - Dowód nr 26, załącznik do Odwołania (...) S.A. z dnia 21 lipca 2009 r.);

(vii) umowy (...) z konkurencyjnymi przewoźnikami (w aktach sprawy o sygn. XVII AmA 148/13 - Dowód nr 27, załącznik do Odwołania (...) S.A. z dnia 21 lipca 2009 r.);

5. przeprowadzenie rozprawy również pod nieobecność Powoda; oraz

6. zasądzenie od Prezesa UOKiK na rzecz Powoda kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Ponadto na podstawie art. 479 § 3 k.p.c. wnoszę o ograniczenie (...) sp. z o.o. prawa wglądu do poniższego materiału dowodowego z uwagi na fakt, że informacje te stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Spółki, a ich ujawnienie Uczestnikowi grozi narażeniem Powoda na szkodę:

(i) informacji zawartych w „liście utraconych przez (...) S.A. klientów do 2007 r.” oraz „liście przetargów przegranych przez (...) S.A. w latach 2006-2007” (w aktach sprawy o sygn. XVII AmA 148/13 - Dowód nr 8, załącznik do Odwołania (...) S.A. z dnia 21 lipca 2009 r.), w zakresie danych dotyczących utraconych klientów na rzecz innych przewoźników, niż spółki z grupy (...) Sp. z o.o. oraz w zakresie informacji pozwalających na zidentyfikowanie nazw organizatorów przetargów, w których uczestniczyło (...) S.A. i wysokości stawek oferowanych przez (...) S.A. i innych przedsiębiorców;

(ii) informacji zawartych w „danych dotyczących przewozów dla Zakładów (...)” (w aktach sprawy o sygn. XVII AmA 148/13 - Dowód nr 14, załącznik do Odwołania (...) S.A. z dnia 21 lipca 2009 r.), w zakresie danych stanowiących szacunki (...) S.A. oraz informacji o przewozach realizowanych przez (...) S.A.;

(iii) informacji zawartych w „zestawieniu rentowności przewozów realizowanych dla (...) Sp. z o.o. na przykładzie umów wieloletnich” (w aktach sprawy o sygn. XVII AmA 148/13 - Dowód nr 15, załącznik do Odwołania (...) S.A. z dnia 21 lipca 2009 r.), w zakresie danych dotyczących rentowności przewozów realizowanych w ramach umów zawartych z klientem;

(iv) informacji zawartych w „zestawieniu wyników umów realizowanych dla (...) Sp. z o.o. oraz (...)” (w aktach sprawy o sygn. XVII AmA 148/13 - Dowód nr 16, załącznik do Odwołania (...) S.A. z dnia 21 lipca 2009 r.), w zakresie danych o wynikach finansowych umów zawartych z klientami (...) S.A.;

(v) informacji zawartych w „zestawieniu umów obowiązujących w dniu 1 maja 2006 r. wraz z datą wygaśnięcia” (w aktach sprawy o sygn. XVII AmA 148/13 - Dowód nr 26, załącznik do Odwołania (...) S.A. z dnia 21 lipca 2009 r.), w zakresie danych dotyczących umów zawartych z innymi niż (...) Sp. z o.o. przedsiębiorcami;

(vi) informacji zawartych w „umowach (...) z konkurencyjnymi przewoźnikami” (w aktach sprawy o sygn. XVII AmA 148/13 - Dowód nr 27, załącznik do Odwołania (...) S.A. z dnia 21 lipca 2009 r.), w zakresie danych dotyczących umów zawartych z innymi niż (...) Sp. z o.o. przedsiębiorcami;

W odpowiedzi na odwołanie pozwany – Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów wniósł jego oddalenie w całości oraz zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W odpowiedzi na odwołanie zainteresowany – (...) Sp. z o.o. z siedzibą w K. wniósł o oddalenie odwołania (...) S.A. z dnia 4 lutego 2016 r. w całości w związku z brakiem podstaw do jego uwzględnienia oraz zasądzenie od Powoda na rzecz Uczestnika kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów ustalił następujący stan faktyczny:

Spółka (...) S.A. w W. została założona przez PKP S.A. w dniu 29 czerwca 2001 r., co stanowiło wypełnienie art. 14 ustawy z dnia 8 września 2000 r. o komercjalizacji, restrukturyzacji i prywatyzacji przedsiębiorstwa państwowego "Polskie Koleje Państwowe" (Dz.U. Nr 84, poz. 948 ze zm.), zaś działalność gospodarczą rozpoczęła 1 października 2001 r.

Podstawowy zakres działalności Spółki stanowi kolejowy przewóz towarów. (...) S.A. prowadziło w latach 2006-2007 działalność na obszarze P., a także poza jej granicami. Oferta przewozowa (...) S.A. obejmowała:

- przewozy całopociągowe, w grupach wagonowych i w pojedynczych wagonach,
- logistyczne przewozy relacyjne i organizację zwartych, bezpośrednich przewozów w formie logistycznego systemu obsługi,
- systemowe przewozy europejskie (np. przewozy tranzytowe),
- przewozy kombinowane i kompleksową obsługę wszystkich rodzajów jednostek ładunkowych: kontenerów, naczep i nadwozi wymiennych,
- przewozy kompleksowe (...) typu „(...)”,
- kolejowe przewozy promowe na trasie Ś. – Y.,
- przewozy w specjalistycznych wagonach, m.in. o podwyższonej pojemności i ładowności,
- przeładunek i magazynowanie towarów w granicznych rejonach przeładunkowych w M. i Ż./ M..

W tym okresie świadczenie usług przewozowych przez (...) S.A. regulowały „Zasady sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.”, które zostały następnie zastąpione obowiązującym od 1 lipca 2008 r. „Regulaminem sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.”.

(...) Sp. z o.o. rozpoczęła swoją działalność w dziedzinie spedycji kolejowej - głównie materiałów chemicznych - na początku lat dziewięćdziesiątych. Z chwilą liberalizacji rynku kolejowego, (...) Sp. z o.o. obok działalności spedycyjnej rozpoczęła również działalność w zakresie przewozów towarów koleją. Rozwój przedsiębiorstwa zaowocował powstaniem Grupy (...) Sp. z o.o., która dysponowała własnym taborom trakcyjnym ((...) lokomotyw), kilkoma tysiącami wagonów ((...)), terminalami przeładunkowymi oraz agencjami celnymi. Oferta (...) Sp. z o.o. obejmowała transport kolejowy towarów, spedycję, obsługę i utrzymanie taboru i infrastruktury kolejowej, usługi przeładunkowe oraz doradztwo celne.

Spółki Grupy (...) w analizowanym okresie miały swoje siedziby w P. oraz w N., C., R. i na U.. W skład grupy (...) Sp. z o.o. w P. wchodziło ponad trzydzieści spółek, spośród których największy udział w rynku przewozowym mierzony masą przewiezionych towarów oraz wykonaną pracą przewozową miała (...) Sp. z o.o. Pozostali to m.in. (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o., (...) Sp. z o.o. oraz (...) Sp. z o.o. /k. 2 akt adm./

Świadczenie usług przewozu towarów koleją odbywa się obecnie i w analizowanym okresie na zasadach określonych ustawą z dnia 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym (t.j. Dz.U. z 2015 r., poz. 1297 ze zm.), która zgodnie z art. 1 określa m.in. zasady zarządzania, utrzymania i korzystania z infrastruktury kolejowej; zasady prowadzenia ruchu kolejowego i wykonywania przewozów kolejowych oraz zasady i instrumenty regulacji transportu kolejowego.

W myśl ww. ustawy centralnym organem administracji rządowej, właściwym w sprawach regulacji transportu kolejowego, licencjonowania transportu kolejowego, nadzoru technicznego nad eksploatacją i utrzymaniem linii i pojazdów kolejowych oraz bezpieczeństwa ruchu kolejowego jest Prezes Urzędu Transportu Kolejowego.

Zgodnie z art. 43 ust. 1 ustawy o transporcie kolejowym, działalność gospodarcza polegająca na wykonywaniu przewozów kolejowych osób lub rzeczy albo na świadczeniu usług trakcyjnych podlega licencjonowaniu, zaś udzielona decyzją Prezesa (...) licencja potwierdza zdolności przedsiębiorcy do wykonywania funkcji przewoźnika kolejowego na terytorium P. oraz państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) - stron umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym.

Licencja nie uprawnia jednak przedsiębiorcy do dostępu do infrastruktury kolejowej. Podstawowym dokumentem uprawniającym przewoźnika kolejowego do uzyskania dostępu do infrastruktury kolejowej jest certyfikat bezpieczeństwa. Certyfikat bezpieczeństwa potwierdza ustanowienie przez przewoźnika kolejowego systemu zarządzania bezpieczeństwem oraz zdolność spełniania przez niego wymagań bezpieczeństwa zawartych w technicznych specyfikacjach interoperacyjności i innych przepisach zarówno prawa unijnego, jak i prawa krajowego.

Z dniem 1 stycznia 2007 r. krajowy rynek przewozów towarów koleją otworzył się na zagraniczną konkurencję – przewoźnicy kolejowi posiadający licencję na wykonywanie działalności transportowej w dowolnym kraju członkowskim mogli od tego dnia dokonywać przewozów towarów na terytorium całej Unii Europejskiej, co w odniesieniu do rynku (...) uregulowane zostało w art. 43 ust. 3 ustawy o transporcie kolejowym.

Świadczenie usług przewozowych przez (...) S.A. do dnia 30 czerwca 2008 r. regulowane było przez wielokrotnie zmieniane „Zasady sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.” (dalej: „Zasady sprzedaży”), zaś od 1 lipca 2008 r. obowiązującą w tym zakresie regulacją jest „Regulamin sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.”. /k. 2, k. 565, k. 962 i nast. akt adm./

Art. 8 ust. 2 pkt 5 Ustawy § 5 ust. 6-10 „Zasad sprzedaży” obowiązujący od 1 maja 2006 r. do dnia 1 lipca 2007 r. zawierał następujące zapisy:

„6. Przedsiębiorcę, który posiada ważną licencję na wykonywanie kolejowych przewozów towarowych i faktycznie wykonuje działalność w zakresie objętym licencją, określa się mianem Konkurenta (...) S.A.

7. Konkurentem (...) S.A. jest również przedsiębiorca:

1) który jest przedsiębiorcą dominującym (w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów) w stosunku do przedsiębiorcy (tj. Konkurenta (...) S.A.), o którym mowa w ust. 6,

2) wobec którego przedsiębiorca (tj. Konkurent (...) S.A.), o którym mowa w ust. 6 jest podmiotem dominującym w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów,

3) który z przedsiębiorcą, o którym mowa w ust. 6, należy do tej samej grupy kapitałowej.

8. Konkurentem (...) S.A. w rozumieniu ust. 6 i ust. 7 nie jest przedsiębiorca, który wykonuje przewozy kolejowe wyłącznie na potrzeby własne lub spółek z grupy kapitałowej, do których należy.

9. Konkurent (...) S.A. może być jednocześnie Klientem (...) S.A. w rozumieniu niniejszych Zasad sprzedaży, w zakresie realizacji:

1) wszelkich przewozów - na warunkach ogólnych, z zastrzeżeniem pkt 2),

2) przewozów towarów (poz. (...)) nie przewożonych przez Konkurenta – z zastosowaniem umów specjalnych i umów wieloletnich.

10. (...) S.A. może wypowiedzieć umowę specjalną i umowę wieloletnią zawartą z Klientem, który w okresie jej obowiązywania stanie się Konkurentem (...) S.A. w rozumieniu ust. 6 i ust. 7 i podejmie przewozy towarów (poz. (...)) objętych daną umową specjalną lub wieloletnią”. /k. 1-2 akt adm./

Zgodnie z § 5 ust. 5 „Zasad sprzedaży” w wersji obowiązującej od dnia 1 maja 2006 r. oraz w kolejnych wersjach obowiązujących do dnia 1 lipca 2007 r. (...) S.A. oferowało realizację usług przewozowych:

1) na zasadach ogólnych,

2) z zastosowaniem umów wieloletnich,

3) z zastosowaniem umów specjalnych.

Usługi przewozowe na zasadach ogólnych były standardową formą świadczenia usług przez (...) S.A.. Polegały one na świadczeniu usług w oparciu o umowy przewozu, zawierane bez dodatkowych warunków w kasach towarowych. (...) S.A. w przypadku tego typu umów nie miało możliwości zaplanowania potencjału przewozowego ani też organizacji przewozu, skutkiem czego ta forma przewozu była najdroższa. Spółka stosowała przy umowach realizowanych na zasadach ogólnych stały upust od opłaty określonej w „Taryfie Towarowej (...) S.A. w wysokości (...). /k. 1284 verte -1285, k. 1171 akt adm./

Celem świadczenia usług przewozowych w ramach umów wieloletnich było ukształtowanie długoletnich i stabilnych stosunków biznesowych (...) S.A. z klientem, uwzględniających planowane przez klienta w przyszłości przewozy w określonych relacjach. Umowy te zawierane były z klientami deklarującymi na okres obowiązywania umowy (powyżej 12 miesięcy) zlecenie do przewozu we wskazanych przez siebie relacjach określonej ilościowo masy towarów. Upusty i inne warunki handlowe określone były w drodze negocjacji przy uwzględnieniu taryfy właściwej dla danego przewozu oraz kryteriów udzielania upustów w umowach wieloletnich.

Usługi przewozowe realizowane w ramach umów specjalnych miały na celu zaktywizowanie i ukształtowanie stabilnych i stałych kontaktów z kontrahentami w krótszym okresie, tj. od 3 do 12 miesięcy. Umowy specjalne charakteryzowały się stosowaniem przez Spółkę upustów od „Taryfy Towarowej (...) S.A.” i taryf międzynarodowych. Upusty te przyznawane były zgodnie z „Zasadami sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A. – tabele upustów”, zaś ustalanie ich wielkości nie miało charakteru negocjacyjnego.

Umowy specjalne zawierane były z klientami zlecającymi do przewozu określoną ilościowo masę towarów według pozycji (...), z podziałem na kwartały kalendarzowe. W umowach tych przyznawano upusty podstawowe i dodatkowe. Upust podstawowy ustalany był od opłaty z tytułu przewoźnego (naliczanej według właściwej taryfy) dla danego przewozu z uwzględnieniem m. in.:

1) sumy masy rzeczywistej towaru danej pozycji (...) lub zbioru pozycji (...) przewiezionej w ciągu ostatnich 12 miesięcy kalendarzowych, w danym rodzaju komunikacji, lub

2) sumy Intermodalnych Jednostek Transportowych (...) przewiezionych w ciągu ostatnich 12 miesięcy kalendarzowych, według danej umowy w danym rodzaju komunikacji oraz rodzaju komunikacji, odległości i relacji przewozu, rodzaju użytego do przewozu wagonu oraz technologii przewozu.

Upust podstawowy był taki sam przez cały okres obowiązywania umowy specjalnej. Natomiast wysokość upustu dodatkowego uzależniano od wielkości zadeklarowanej masy towaru w stosunku do masy faktycznie przewiezionej w ciągu ostatnich 12 miesięcy. Upust ustalany był w wysokości od (...).

W ramach umowy specjalnej klient zobowiązywał się do:

- zlecenia do przewozu (...) S.A. w okresie trwania umowy ilości masy towarów w rozbiciu na kwartały,
- przesyłania miesięcznych harmonogramów przewozów całopociągowych w terminie do 10 dnia kalendarzowego miesiąca poprzedzającego,
- dokonywania ewentualnej korekty harmonogramów przesyłek całopociągowych z wyprzedzeniem co najmniej 14 dniowym. /k. 1285-1286 akt adm./

Informacje dotyczące wielkości upustów udzielanych kontrahentom w ramach umów specjalnych stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa (...) S.A.. /pismo Spółki z 10 lutego 2009 r., k. 1147 akt adm./

W myśl kwestionowanych przez Wnioskodawcę postanowień „Zasad sprzedaży” podmiot uznany za konkurenta (...) S.A., mógł być klientem (...) S.A. tylko na zasadach ogólnych. Współpraca (...) S.A. i konkurenta na zasadach

szczególnych, tj. w ramach umów wieloletnich lub specjalnych, mogła dotyczyć jedynie towarów nieprzewożonych przez konkurenta w ramach własnej działalności. /k. 6 akt adm./

(...) S.A. wielokrotnie zmieniał „Zasady sprzedaży”, a wskutek zmiany wprowadzonej w życie dnia 1 lipca 2007 r. umowy specjalne zastąpione zostały przez umowy handlowe, w ramach których od tego czasu przewoźnik świadczy usługi przewozowe na zasadach szczególnych. /k. 759 akt adm./

Zgromadzone w sprawie dokumenty nie budzą wątpliwości Sądu, strony nie zakwestionowały prawdziwości dokumentów.

W tym stanie faktycznym Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów zważył, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za bezzasadny należało uznać zarzut naruszenia art.88 ust. 2 oraz 93 ust. 1 ustawy z dnia 16.02.2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów w zw. z art.156 § 1 pkt 2 k.p.a. poprzez przeprowadzenie postępowania antymonopolowego zakończonym wydaniem zaskarżonej Decyzji bez formalnego wszczęcia a ponadto po upływie 5 lat od końca roku w którym powód zaprzestał stosowania zarzucanej praktyki.

Bezspornym jest, że pozwany Postanowieniem z dnia 15 grudnia 2006 r. wszczął postępowanie antymonopolowe w sprawie nadużywania przez powoda pozycji dominującej na krajowym rynku kolejowych przewozów towarowych, poprzez wprowadzenie z dniem 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.” (dalej także: „Zasady sprzedaży”), a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6 – 10, który uprawnia (...) S.A. do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży (...)” za konkurentów (...) S.A., co może stanowić praktykę określoną w art. 8 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, polegającą na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Postępowanie to zakończyło się wydaniem przez pozwanego Decyzji Nr (...) z dnia 7 lipca 2009 r.

W wyniku wniesionego odwołania Sąd Okręgowy w Warszawie – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów w dniu 9 maja 2011 r. wydał wyrok oddalający odwołanie (...) S.A. (sygn. akt XVII Ama 159/09).

Od Wyroku powyższego powód wniósł apelację, która została oddalona wyrokiem z Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 20 marca 2012 r (VI ACa 1038/11).

Następnie, w wyniku skargi kasacyjnej, Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony wyrok Sądu Apelacyjnego oraz poprzedzający go wyrok SOKiK i przekazał sprawę sądowi okręgowemu do ponownego rozpoznania i rozstrzygnięcia o kosztach postępowania kasacyjnego (III SK 67/12).

Rozpoznając po raz kolejny odwołanie od decyzji, SOKiK wyrokiem z dnia 17 marca 2014 r., XVII AmA 148/13, uchylił ww. decyzję. Strony nie wniosły apelacji wskutek czego wyrok SOKiK stał się prawomocny.

Prawomocne uchylenie Decyzji Nr (...) z dnia 7 lipca 2009 r. wywołało ten skutek, że sprawa wszczęta Postanowieniem z dnia 15 grudnia 2006 r. pozostała nie załatwiona. Zgodnie bowiem z treścią art. 104. § 1k.p.a. w zw. z art. 80 ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów organ administracji publicznej załatwia sprawę przez wydanie decyzji, chyba że przepisy kodeksu stanowią inaczej. Sąd podziela pogląd Sądu Najwyższego wyrażonego w Wyrokach z 10.04.2008 r. (III SK 28/09) i z dnia 21.06.2013 r. (III SK 36/12), że po uchyleniu decyzji organ podejmuje decyzję co do dalszego prowadzenia sprawy, w tym prowadzenia postępowania zmierzającego do wydania decyzji lub umorzenia postępowania. Pogląd powoda, że po uchyleniu decyzji Prezesa UOKiK konieczne jest przeprowadzenie nowego postępowania nie znajduje uzasadnienia w treści obowiązujących przepisów. Trudno też znaleźć racjonalne uzasadnienie dla reguły wszczynania nowego postępowania, w sytuacji, kiedy istnieje postępowanie wszczęte i niezakończony w sposób określony w art. 104 § 1 k.p.a. Potrzeba wszczęcia nowego postępowania może

wynikać jednostkowo w niektórych sprawach (a więc nie jako reguła), gdy kontynuowanie wszczętego postępowania byłoby niemożliwe (np. na skutek jego nieważności, konieczności redefinicji jego przedmiotu) lub niecelowe.

Zaskarżona Decyzja bezsprzecznie kończy postępowanie wszczęte Postanowieniem z dnia 15 grudnia 2006 r., co jednoznacznie wynika z treści uzasadnienia, a zatem brak jest podstaw do twierdzenia, że została ona wydana bez formalnego wszczęcia lub, że po upływie 5 lat od końca roku w którym powód zaprzestał stosowania zarzucanej praktyki. To ostatnie bezspornie miało miejsce 1.07.2007 r. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę, że wydanie prawomocnego wyroku przewidzianego art.479^{31a} k.p.c. kończy postępowanie sądowe nawet jeśli ma on charakter kasatoryjny. Stąd też sąd ochrony konkurencji i konsumentów nie ma możliwości skierowania sprawy do ponownego postępowania, ani do udzielania wiążących wytycznych co do wykładni prawa.

Bezzasadny jest również zarzut błędnych ustaleń faktycznych w zakresie definicji rynku właściwego. Zarzuty odwołania sprowadzają się do gołosłownej kontestacji ustaleń dokonanych przez Prezesa UOKiK. Samo kwestionowanie miarodajności ustaleń dokonanych przez Prezesa UOKiK nie prowadzi do uznania, że dokonane przez niego ustalenia są błędne.

Stawiając zarzut błędnego ustalenia rynku właściwego powód powinien wykazać, że rzeczywisty rynek właściwy różni się od ustalonego w decyzji w zakresie produktowym lub geograficznym. Powód zaś nie wykazał, ani tym bardziej nie udowodnił, że dlaczego dane dotyczące przewozów poszczególnymi środkami transportu w latach 2001-2006 na których oparł się pozwany są nieprawidłowe. Powód nie wykazał też aby rynek na którym działa miał szerszy aspekt geograficzny niż krajowy, a więc, że nabywcy uważają za substytut przewozu wykonywanego w kraju, przewóz zagraniczny. W szczególności zaś, nie wykazano aby zagraniczny przewoźnik kolejowy mógł wykonywać przewozy na terenie P. w sposób nieograniczony i swobodny. Powód nie wykazał również, że przewóz samochodowy stanowi substytut przewozu kolejowego. Sam wzrost przewozów wykonywanych transportem samochodowym i spadek przewozów wykonywanych transportem kolejowym nie daje podstaw do domniemania faktycznego, że usługi te są uważane przez nabywców substytuty. Zmiana rodzaju transportu wynikać może z wielu czynników m.in. ogólnej koniunktury gospodarczej, koniunktury na poszczególne towary, procesami dekoncentracji produkcji, zmianami w sposobie dystrybucji towarów i in. Ponadto na wybór środka transportu ma znaczenie położenie miejsca przeznaczenia przewożonego towaru w stosunku do infrastruktury kolejowej i drogowej.

Nie ma w związku z tym podstaw do kwestionowania ustaleń pozwanego w zakresie definicji rynku właściwego jak i udziału w nim powoda, a zarzut błędnego ich ustalenia jest bezzasadny.

W ocenie Sądu posiadanie przez powoda pozycji dominującej potwierdza fakt wprowadzenia do „Zasad sprzedaży...” zapisów przewidujących odmowę zawarcia umowy lub wypowiedzenie już zawartej dowodzi, że nie obawiał się on utraty klientów. Powód miał zatem możliwości działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów, co stanowi istotę posiadania pozycji dominującej, stosowanie do art.4 pkt 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Zważyć ponadto należało, że stosownie do treści art. 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 15.12.2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności m.in. na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji. Zgodnie z treścią pkt I zaskarżonej Decyzji, w ocenie pozwanego działaniem przeciwdziałającym ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji było wprowadzenie z dniem 1 maja 2006 r. zmian w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.” (dalej także: „Zasady sprzedaży”), a w szczególności zawartego w rozdziale I tych zasad § 5 ust. 6 – 10, który uprawnia (...) S.A. do odmowy podpisywania umów specjalnych z przedsiębiorcami uznanymi w tychże „Zasadach sprzedaży (...)” za konkurentów (...) S.A. Bez znaczenia jest zatem czy i komu powód odmówił zawarcia umowy przewidującej upusty do taryfy towarowej. Przy tak sformułowanej niedozwolonej praktyce istotne jest bowiem, czy samo powyższa zmiana „Zasad sprzedaży (...)” godzi w stan aktualnej lub potencjalnej konkurencji. Należy mieć przy tym na względzie, że zgodnie z art.1 ust. 2 ustawy o ochronie

konkurencji i konsumentów, reguluje ona zasady i tryb przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję oraz praktykom naruszającym zbiorowe interesy konsumentów, a także antykonkurencyjnym koncentracjom przedsiębiorców i ich związków, jeżeli te praktyki lub koncentracje wywołują lub mogą wywoływać skutki na terytorium R.. Naruszenie zakazu określonego art. 8 ust. 2 pkt 5 tej ustawy następuje więc także wówczas, gdy antykonkurencyjny skutek jeszcze nie wystąpi, lecz wystąpić może.

Zważyć również należy, że w zakresie ustalania, czy dane zachowanie rynkowe przedsiębiorcy stanowi naruszenie interesu publicznego, należy brać pod uwagę nie liczbę faktycznie zagrożonych konsumentów lub innych przedsiębiorców, ale charakter takiej praktyki i skutki, jakie ta praktyka wywołuje lub może wywoływać na rynku (wyrok SN z dnia 12 września 2003 r., I CKN 504/01, Glosa 2004, nr 12, s. 37).

W przedmiotowej sprawie jest bezsporne, że „Zasady sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.” jest dokumentem przyjętym przez Zarząd tej spółki na podstawie § 13 ust. 2 jej statutu i § 10 pkt 8 Regulaminu Zarządu (k-585 akt administracyjnych) i jest obowiązujący dla komórek organizacyjnych (...) oraz (...). Oznacza to, że ustalone w tym dokumencie zasady sprzedaży usług przewozów towarowych są wiążące dla wszystkich osób uprawnionych do zawierania i negocjowania umów w imieniu powoda. Kontrahenci, zarówno faktyczni ja i potencjalni nie mają w związku z tym realnej możliwości zawarcia umowy na zasadach odmiennych od przewidzianych „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.”. W szczególności zaś, podmioty zdefiniowane w powyższym dokumencie jako „konkurenci (...) S.A.” (§ 5 pkt 6 i 7 „Zasad...”) mogą zawierać wyłącznie umowy na zasadach ogólnych tj. z wyłączeniem umów specjalnych i wieloletnich (z wyłączeniem towarów nie przewożonych przez Konkurenta). Ponadto już zawarte umowy specjalne i wieloletnie mogą zostać wypowiedziane jeśli w trakcie ich realizacji kontrahent stanie się „konkurentem (...) S.A.”.

Brak możliwości zawierania przez podmioty określane mianem „konkurenta (...) S.A.” umów specjalnych i wieloletnich oznaczała dla tych podmiotów brak możliwości uzyskania upustów.

W ocenie Sądu, wprowadzona z dniem 1 maja 2006 r. zmiana w „Zasadach sprzedaży usług przewozów towarowych przez (...) S.A.” wywołała skutek w postaci zróżnicowanych warunków świadczenia umów: korzystniejszą, bo umożliwiającą uzyskiwanie upustów dla podmiotów nie uznanych za konkurentów, i mniej korzystną dla podmiotów uznanych za konkurentów. To zróżnicowanie warunków świadczenia usług nie wynikało z żadnych innych warunków świadczenia usługi, a w szczególności ilości towarów zleczanych do przewozu, ich rodzaju, czy zamawianego rodzaju składu.

Stworzenie dyskryminacyjnych warunków wykonywania usług przewozowych dla podmiotów określanych jako „konkurenci (...) S.A.” naruszało zatem zakaz zawarty w art.8 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Praktyka ta naruszała, wbrew zarzutom powoda, interes publiczny, gdyż dotyczyła wszystkich kontrahentów, tworząc dla nich barierę dla podjęcia działalności konkurencyjnej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 101 ust. 1 w zw. z 104 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów zważyć należało, że wobec naruszenia ze wskazanych wyżej względów art.8 ust. 1 i 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów istniała podstawa do nałożenia kary pieniężnej na podstawie na podstawie powyższych przepisów.

Wymiar kary należy do sfery tzw. uznania administracyjnego, a zatem skutecznie podważenie wymiaru kary dokonanej przez Prezesa UOKiK może nastąpić wyłącznie poprzez wykazanie przekroczenia granic tego uznania.

W ocenie Sądu nie ulega wątpliwości, że wprowadzone przedmiotowe zapisy „Zasad sprzedaży...” były działaniem celowym, które zmierzało do uniemożliwienia podjęcia i prowadzenia działalności konkurencyjnej w zakresie spedycji kolejowej. Jednoznaczność zapisów nie pozostawiają wątpliwości co do świadomości i umyślności działania. Nie ma w związku z tym podstaw do uznania, że powód pozostawał w stanie „usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności”.

Bez znaczenia dla istoty sprawy, a zatem i dla wymiaru kary jest również fakt kontynuowania współpracy z zainteresowanym na innych polach. Ograniczania konkurencji w zakresie np. usług przewozu pustych wagonów do i

z naprawy nie było objęte zarzutami zaskarżonej decyzji. Prezes UOKiK nie twierdził również, że zarzucana praktyka oddziaływała na ten rynek. To samo dotyczy usług przeładunkowych.

Dla wymiaru kary nie ma znaczenia wysokość kary wymierzonej w Decyzji Nr (...) z dnia 7 lipca 2009 r., gdyż została ona ostatecznie wyeliminowana z obrotu prawnego i nie wywiera ona w związku z tym żadnych skutków prawnych ani służyć za punkt odniesienia.

Sama kara została wymierzona w dolnej granicy zagrożenia ustawowego, co zdaniem Sądu uwzględnia fakt zaniechania stosowania praktyki, a także to, że w wyniku stosowania praktyki nie wystąpiły trwałe skutki na rynku.

Mając powyższe na względzie, odwołanie należało oddalić jako bezzasadne (art.479^{31a} 1 k.p.c.).

O kosztach postępowania orzeczono stosowanie do wyniku sporu zasądzać na rzecz pozwanego i zainteresowanego koszty zastępstwa procesowego według norm przepisanych (art.98 § 1 k.p.c.)